

A impunidade: sonegação fiscal e exaurimento da esfera administrativa (ainda sobre os problemas derivados do precedente do STF no HC nº 81.611-SP e seu confronto com o que decidido no HC nº 90.795-PE)

Douglas Fischer

RESUMO

Repisando pontos de vista já externados noutra oportunidade e agregando outros fundamentos, o presente artigo procura demonstrar o equívoco decorrente da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 81.611-SP, no sentido de que seria imprescindível o exaurimento da esfera administrativa para o início de investigação criminal ou ação penal em crimes materiais de sonegação fiscal (art. 1º da Lei 8.137/90 e art. 337-A do Código Penal). Demonstra-se que precedentes recentes do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça contrariaram o que decidido no *leading case*. Defende-se que esse entendimento, acaso mantido, deve gerar também a vinculação da instância penal quando restar reconhecida a sonegação fiscal na esfera administrativa. Pondera-se a necessidade urgente de modificação do entendimento, pena de haver, em futuro breve, inúmeros casos de impunidade em crimes extremamente graves e lesivos à sociedade, afrontando diretamente, dentre outros, o Princípio da Justiça.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Sonegação de tributos e contribuições previdenciárias. Crimes materiais. Ação Penal. Exaurimento da esfera administrativa.

The impunity: Tax evasion and conclusion of the administrative procedure (Following about the STF precedent in HC nº 81.611-SP versus the decision in HC nº 90.795-PE)

ABSTRACT

Reiterating points of view already expressed in an early opportunity, and aggregating other fundamentals, this article's goal is to demonstrate the mistake resultant from the construal by the Superior Federal Court in judgment HC nº 81.611-SP, in the sense that the administrative

Douglas Fischer é procurador regional da República na 4ª Região. Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS, onde é professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

realm should be first exhausted, for the beginning of the criminal investigation or penal action in material crimes of tax evasion (art. 1st of Act 8137/90, and art 337-A of the Criminal Code). It is demonstrated that recent precedents by the very Superior Federal Court and the Superior Court of Justice have repealed the decisions in the leading case. It is defended that such understanding, should it be sustained, must also generate the connection of the penal jurisdiction when the tax evasion is recognized in the administrative sphere. It is pondered the urgent necessity of modifying such understanding, as there might be, in a short time period, innumerable cases of impunity in extremely serious crimes, harmful to society, directly challenging, among others, the Principle of Justice.

Keywords: Constitutional Law. Criminal Law. Tax and social security contributions evasion. Material crimes. Penal action. Exhaustion of the administrative realm.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que sustentamos,¹ muitas vezes até de forma enfática e veemente – e com o máximo respeito de opiniões em contrário, o debate é eminentemente dialético –, que houve um manifesto equívoco da Corte Suprema (e dos demais tribunais que hoje perfilham tal entendimento) ao assentar, no julgamento do HC nº 81.611-SP, que antes de exaurida a discussão na esfera administrativa acerca da materialidade dos crimes fraudulentos de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e artigo 337-A, CP) não poderia ser iniciada eventual persecução no âmbito penal.

Sem desenvolver minuciosamente todos os pontos de vista que se têm para demonstrar a inconsistência lógico-sistêmica e jurídica da decisão da Corte Suprema no acórdão nominado, destacam-se, topicamente, nossas conclusões a respeito do tema:

a) no sistema vigente, o Poder Judiciário não pode(ria) ficar vinculado e jungido às conclusões advindas da seara administrativa, embora a *vinculação* só exista, em verdade, nos delitos desse jaez, por conta dos *precedentes*;

b) contraria-se frontalmente o contido no art. 5º, XXXV, CF/88, que determina que a lei (e também as conclusões derivadas da construção jurisprudencial, complementa-se) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

c) no âmbito criminal não se discute “crédito tributário”, mas *tributo* (vinculado à *obrigação* tributária);

d) as provas acerca da materialidade do crime (tributo, *suprimido* ou *reduzido*) não podem ficar restritas àquelas eventualmente produzidas na esfera administrativa. É dizer: na ação penal há possibilidade de outras provas a demonstrar a materialidade e prática do crime, independentemente da decisão administrativa;

e) as conclusões tomadas no âmbito administrativo deve(riam) servir tão-somente como elementos a mais para formar a convicção do juiz;

¹ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

f) o prazo prescricional para a constituição do *crédito tributário*, de regra, é de 5 (cinco anos), enquanto que, à luz do Código Penal, o delito em voga tem prescrição em abstrato no marco de 12 (doze) anos;

g) a decisão proferida no acórdão-paradigma importa conferir, na prática, efeito vinculante a uma decisão administrativa, quando, salvo exceções, sequer decisões emanadas do próprio STF ostentam tal característica;

h) o Código Penal (art. 4º, CP) adotou a denominada *Teoria da Atividade*, considerando-se “praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Portanto, o crime se consuma com a ação (no caso, necessariamente comissiva) *supressão* ou *redução* (*caput* do art. 1º de tributo mediante alguma conduta, fraudulenta ou não, prevista nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90;

i) o fato de existirem as benesses de extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, como aquela prevista no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684 (para nós, materialmente inconstitucional, por violação da Proibição de Proteção Deficiente, *untermaßverbot*²), não poderia alterar em absolutamente nada a discussão acerca do crime (ocorrência e tempo), como quis fazer crer especialmente o relator do precedente, invocando, à época, o artigo 34 da Lei nº 9.249/95 (*que admitia como causa de extinção da punibilidade se o pagamento dos tributos fosse realizado antes do recebimento da denúncia*). O ilustre Ministro Sepúlveda Pertence argumentou, com alguns apoios, que, enquanto não exaurida a esfera administrativa, não saberia o “contribuinte” (sic)³ o montante dos valores a serem recolhidos como forma de se beneficiar da extinção da punibilidade. O equívoco manifesto está em considerar o modo de perfectibilização do delito a futura (e absolutamente independente, para não dizer *casuística*) causa de exclusão de punibilidade. O crime existe desde que implementadas as condições dos seus elementos. Mantidas as premissas da tese preponderante, revogadas as regras extintivas de punibilidade (como já acontecera quando o artigo 14 da Lei nº 8.137/90 fora revogado pela Lei nº 8.383), a forma e o momento da ocorrência do crime restariam alterados. Com todas as vênias, um *non sense*.

Feitas essas considerações bastantes breves, volta-se ao tema para tentar, uma vez mais, demonstrar não só a total irrazoabilidade das conclusões tomadas, como, além de esclarecer que recentemente o Supremo Tribunal Federal *de fato* contrariou tal entendimento em situação idêntica, destacar outros problemas que, salvo melhor juízo, muitos ainda não perceberam.

² Remete-se também às considerações expostas a respeito do tema em obra de nossa autoria já citada. FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.206 e seguintes.

³ Dizemos nós: o *sonegador*, que difere, e muito, do *contribuinte*, havendo só aqui uma clara violação do Princípio da Isonomia, ao considerar *sonegador* e *contribuinte* em mesmo patamar jurídico.

2 NATUREZA DA DISCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA: CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE, CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE OU DECISÃO QUE DEFINE UM ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO?

Eis como está vazado o aresto que gerou a mudança da então jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, *quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo*.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

O voto do e. Relator do precedente acima citado, fazendo inúmeras digressões, concluiu que o exaurimento seria uma condição objetiva de punibilidade, chegando inclusive a comparar a situação ao delito falimentar.

Em percuciente voto, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou a total inconsistência da tese levantada no voto da relatoria (mais uma vez, com todas as vênias pela ênfase ora posta). Jamais poderia se cogitar de condição objetiva de punibilidade, disse na divergência, porque essa pressupõe a *existência prévia* do crime, mas sua *punição condicionada* a fator ulterior. Valendo-se de Nelson Hungria, salientou que para quem “o Direito Penal cogita de condições objetivas de punibilidade quando a punição da conduta penalmente ilícita fica condicionada a certas “circunstâncias extrínsecas ao crime, isto é, diversas da tipicidade, da injuridicidade e da culpabilidade”. Na senda ainda do mesmo doutrinador, reafirmou que são chamadas de condições objetivas “porque são alheias à culpabilidade do agente. Nada têm a ver

com o crime em si mesmo, pois estão fora dele (não há confundir as condições em apreço com os chamados ‘pressupostos’ do crime, isto é, fatos ou situações preexistentes, a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes)”.⁴

De fato, dos ensinamentos de Bettiol,⁵ que nessa parte entendemos correta, colhe-se que há “casos determinados nos quais o legislador, embora considerando estruturalmente perfeito um crime, faz depender a punibilidade do fato delituoso da verificação de um ulterior evento, que Código e doutrina chamam de condições de punibilidade”. Assim, o critério apresentado **“isola a condição de punibilidade dos elementos do fato, e enquanto o fato é o complexo dos elementos materiais reconduzíveis à ação humana, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer repercussão que a ação humana possa ter sob o aspecto da causalidade física ou do da psicológica. Como afirmou Delitala com exatidão, a condição de punibilidade deve encontrar-se fora de qualquer relação causal com a ação humana”**. Assim, encerra o doutrinador, se a condição se “encontra em **relação de dependência causal com a ação,**”⁶ no sentido de que possa ser considerado como efeito embora remoto da ação, tal evento não poderá ser considerado condição de punibilidade, mas será **elemento constitutivo do fato**” (grifos nossos).

Não por outro motivo que, com razão, concluiu o Ministro Joaquim Barbosa que a conciliação realizada entre os conceitos de *condição de punibilidade* e de prescrição redundaria em situação dogmaticamente incoerente (como, de fato, redundar!). Se o *ius puniendi* nasce com o fato punível, em regra isso ocorre com a consumação do delito, pois a punibilidade normalmente não está subordinada a qualquer outro evento futuro. Nos casos em que se faz presente a condição objetiva de punibilidade, embora consumado o fato típico e antijurídico, ainda não haverá a possibilidade de punição, de forma que não há como se falar em pretensão penal.

Em outras palavras: se houver o reconhecimento de que é com a decisão administrativa que há a definição da supressão ou redução de tributo (elementar do tipo), porque se trata de crime material (de resultado), impossível falar de hipótese que se amolde à condição objetiva de punibilidade. *Uma exclui a outra*.

O Ministro Cezar Peluso defendeu, em seu voto, que não se estaria diante de condição objetiva de punibilidade e muito menos de condição de procedibilidade, mas de elemento *normativo* do tipo (confira-se a ementa do julgado a referência expressa a tal conclusão, que é reflexo do que defendido em seu voto).

Retificando ponderações nossas já realizadas eventualmente nessa linha, cremos que não se trata, tecnicamente, de *elemento normativo* do tipo, mas sim de *elemento objetivo* do tipo. Saber o que é *tributo* (art. 1º, Lei 8.137/90) ou *contribuição social*

⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v.I, tomo II, p.28-9.

⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v.1, p.240, 243-4.

⁶ É o caso: a sonegação do tributo se encontra em relação de dependência causal com a ação do agente criminoso, de modo que não pode ser condição objetiva de punibilidade.

previdenciária (art. 337-A, CP) *suprimidos* ou *reduzidos* não depende de qualquer valoração ou interpretação, mas de pura constatação à luz do que determina a legislação própria. É dizer: para a existência do *tributo* não há dependência do lançamento tributário a ser realizado pela autoridade competente (funcionário público) e sua ulterior confirmação nas instâncias administrativas.

Na verdade, a legislação pátria adotou a denominada Teoria da Atividade, considerando-se “praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (art. 4º, CP). Portanto, o crime se consuma com a ação (no caso, necessariamente comissiva) *supressão* ou *redução* (*caput* do art. 1º) de tributo mediante alguma conduta, fraudulenta ou não (porque nem todas condutas-meio pressupõem a fraude), prevista nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 ou do art. 337-A, CP.

Noutras palavras, a ocorrência da infração não pode ser *condicionada* a eventual *lançamento tributário*. A lesão ao bem jurídico tutelado pelo delito material do art. 1º da Lei 8.137/90 ou por aquele ora previsto no art. 337-A, CP, se dá com a *conduta* (ação) de *supressão* ou *redução* de *tributo*, que, insiste-se, estando ligado à obrigação tributária, existe independentemente do *lançamento* (ato administrativo para, em consequência, gerar o *crédito tributário*, que em nada se identifica com a exigência perfectibilizadora do tipo *penal*).

Mas o problema persiste e indagamos: estão corretas as conclusões tomadas pela Corte Suprema em tal precedente?

Insistimos que não! E há conclusões outras que dele derivam, que se faz mister enfrentar na íntegra.⁷

⁷ Com todas as vênias, chega ser paradoxal recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se consignou o seguinte:

“*HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, DE LAVAGEM DE DINHEIRO E DE SONEGAÇÃO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. ARGÜIDA INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. [...]”

2. É **cedido** que não há justa causa para a instauração de inquérito policial para a apuração dos delitos previsto na Lei n.º Lei n.º 8.137/90, quando o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, **uma vez que a inexistência deste impede a configuração do delito** e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

3. Não obstante, **considerando as peculiaridades concretas do caso**, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que **inspiraram os referidos precedentes, porque se discute na seara administrativa, tão-somente, a responsabilidade por um elevado débito tributário já reconhecido**.

4. **Desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal não equivale a afastar configuração de crime contra ordem tributária, quando o agente se utiliza de esquema fraudulento com o claro e primordial intento de lesar o Fisco.** [...] (HC 83.629-RN, 5ª Turma, unânime, julgado em 28.03.2008, publicado no DJ de 22.04.2008)” – grifos e destaques nossos. Diz-se paradoxal porque o término da discussão na esfera administrativa **ou é ou não é** impeditivo da ação penal, independentemente do que lá se discute, pois o entendimento corrente – reporte-se ao que assentado no HC 81.611-SP e no próprio item n. 2 da ementa acima – é que, enquanto não *exaurida* a esfera administrativa o crime não se consuma. Se pende discussão, **seja qual for o motivo, o crime não houve**. Respeitosamente, um paradoxo, ou, então conclusão implícita da – em nosso pensamento – insubsistência lógico-sistêmica do que assentado no HC 81.611-SP diante da realidade fática e dogmática do Direito Penal.

3 A DECISÃO DO STF NO HC Nº 90.795-PE (JULGADO EM 04/12/2007): EM NOSSO ENTENDIMENTO, A CONTRARIEDADE AO PRECEDENTE DO HC Nº 81.611-SP, EMBORA NEGADO NOS VOTOS

Antes de continuar o debate sobre a *totalidade* dos efeitos do acórdão paradigmático em nosso entendimento, faz-se mister uma demonstração de que no âmbito do próprio Supremo Tribunal as confusões a respeito do tema ainda grassam hodiernamente.

No bojo do HC nº 81.611-SP, trazia-se impugnação a denúncia que continha fatos que se resumiam no seguinte: o paciente estava sendo processado por violação ao artigo 1º, inciso I (*omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias*) e II (*fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal*), ambos da Lei nº 8.137/90, porque teria omitido do fisco receitas decorrentes da prestação de serviços ⁸.

Recentemente, no julgamento do HC nº 90.795-PE (04/12/2007, publicado no Diário Eletrônico do STF em 29/02/2008), Relator Ministro Marco Aurélio, constou resumo do entendimento consolidado na ementa assim redigida:

AÇÃO PENAL – JUSTA CAUSA. O trancamento da ação penal por falta de justa causa pressupõe que as práticas descritas na denúncia não consubstanciam crime.

DENÚNCIA – INÉPCIA. Descabe cogitar de inépcia da denúncia quando narrados fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa.

CRIME TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – DISPENSA. *Uma vez versada situação concreta em que, mediante o exercício do poder de polícia, deu-se a apreensão de mercadoria acompanhada de notas fiscais e guias falsas, possível é a propositura da ação penal, independentemente da responsabilidade administrativo fiscal.*

CRIME – RESPONSABILIDADE. No julgamento de habeas corpus, não se pode assentar a improcedência da imputação, havendo de se aguardar a instrução do processo-crime e a prolação da sentença.

⁸ Impede recordar que, impetrado HC perante o TRF/3ª Região para ver trancada a ação penal instaurada em primeiro grau, o *writ* restou indeferido. Desta decisão, ajuizou-se recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Habeas Corpus nº 9.191), também denegado. Apresentado recurso extraordinário (R.E. nº 191.029), foi indeferido na origem e não conhecido o agravo (A.I. nº 336.299), por intempestividade. Seguiu-se agravo regimental, também denegado. Na seqüência, foram interpostos 5 (cinco) embargos declaratórios, todos rejeitados. Daí a impetração do *writ*, propugnando o trancamento da ação penal, sustentando-se haver constrangimento ilegal pelo recebimento da denúncia enquanto pendente de apreciação impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa, consoante facultado pelo Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal. A decisão foi majoritária, com votos vencidos dos Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto. O Ministro Moreira Alves, contrário à tese acolhida, acabou não proferindo voto em razão de sua aposentadoria.

Ao julgado foram opostos embargos de declaração,⁹ mas da leitura pura e simples da ementa do aresto, embora não se refira a qual crime se está tratando, deflui que se deixou bem claro, ao contrário do acórdão-paradigma citado, que *seria desnecessário o exaurimento do processo administrativo fiscal* quando existente outras provas cabais da ocorrência do crime tributário.

Os fatos objeto da denúncia eram os seguintes, consoante declinado na página 6 (seis) do aresto em análise, durante a leitura do relatório pelo Ministro Marco Aurélio:

A denúncia, de folha 60 a 70, tem como introdução a notícia dos seguintes fatos:

No dia 25 de junho de 1996, na PE-60, neste Município, foi realizada uma fiscalização conjunta entre a Secretaria de Fazenda do Estado, Delegacia de Polícia Especializada na Repressão aos Crimes contra a Ordem Tributária, Polícia Militar e Procuradoria do Estado de Pernambuco, visando a verificação da ocorrência de simulação de venda de combustíveis, com circulação fictícia de mercadoria entre Estados da Federação. Tais suspeitas foram levantadas a partir de uma representação criminal apresentada por [...], em razão desta ter emitido notas fiscais frias contra a primeira empresa, simulando uma operação de venda de combustível.

Então, afirmou-se que, montadas as barreiras, houve a fiscalização de veículos mediante a qual se constatou que os condutores utilizavam notas fiscais e guias de acompanhamento de combustíveis e lubrificantes forjadas, delas constando declarações de destino falsas. Aludiu-se o concluiu dos administradores das empresas [...] e [...] para *suprimir-se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços* referente aos combustíveis transportados. [...] (Sem grifos e destaques no original)

Para espantar eventuais dúvidas a extensão da discussão, pela clareza da exposição, transcreve-se o voto do Ministro Marco Aurélio:

(...) Essa visão primeira persiste, não havendo campo para concluir por constrangimento ilegal. **A denúncia de folha 60 a 69 revela parâmetros que afastam a necessidade de exaurimento de processo administrativo. Consoante registrado, ante denúncia de certa empresa – [...] – sobre a emissão de notas frias relativas à venda de combustível, foi montada barreira, ocorrendo apreensão não só de veículos, como também da documentação simulada.**

A imputação se fez de forma satisfatória, aludindo-se à participação de administradores da empresa. Não cabe, no caso de fiscalização procedida a partir de denúncias, argüir a necessidade de ordem judicial. Tudo se faz em face do poder

⁹ Ainda não julgados até 07/05/2008, consoante informações obtidas no site www.stf.gov.br.

de polícia. A denúncia contém a narração dos fatos a viabilizar o exercício do direito de defesa, sendo impróprio cogitar de prova obtida por meios ilícitos. A responsabilidade de cada qual dos administradores das empresas, denunciados, há de ser objeto de apuração no decorrer do próprio processo. O *habeas* não é meio a lograr-se o julgamento da ação penal. Indefiro a ordem. (Sem grifos no original)

Por sua vez, disse o Ministro Menezes Direito:

Senhor Presidente, ouvi com muita atenção a defesa formulada pelo iminente advogado- realmente com todo brilho.

A questão posta, no que concerne ao procedimento administrativo para a constituição de crédito tributário, pelo que pode deduzir, significa o eixo da sustentação feita nesta impetração, e parece-me superada pela jurisprudência. Porque, tal como posto no parecer da Procuradoria-Geral da República, aguardar-se o exaurimento da instância administrativa, impedindo a ação do Ministério Público para a apuração do crime tributário, significaria, pelo menos na minha compreensão, dar um bill de identidade, condicionado a procedimento criminal diante do procedimento administrativo a ser instaurado pelo Ministério Público.

E Vossa Excelência, com brilho habitual, desbastou não só esta questão, como aquela outra que me pareceu também relevante para a defesa no que se refere à inépcia da denúncia pela ausência de fato caracterizador a permitir o exercício do direito de defesa.

Nesta corte, já temos observado que o crime societário, envolvendo este tipo de procedimento que diz com a falsificação de notas fiscais e com a circulação indevida de mercadorias, dispensa, na denúncia, o detalhamento exauriente de todos os fatos que foram susceptíveis de provocar a iniciativa do Ministério Público, sendo o bastante a denúncia conter, explicitamente, elementos suficientes para que a defesa possa ser exercida.

E Vossa Excelência, já na decisão que indeferiu a medida liminar, deixou muito claro esse aspecto que, na minha compreensão, tem relevo para o resultado que a Suprema Corte pode alcançar, como Vossa Excelência bem pôs. (Sem grifos e destaques no original)

A Ministra Cármen Lúcia assentou assim seu posicionamento:

Nos dois pontos centrais, a existência do exaurimento do que eles chamam de via administrativa [...], ***não há que se falar, aqui, na necessidade de se ter constituído o crédito tributário***, até porque não era baseada, neste fato, a denúncia apresentada.

Não houve, realmente, a superação da jurisprudência afirmada no sentido da desnecessidade do que foi posto como se fosse uma condição. [...] (Sem grifos e destaques no original)

O Ministro Marco Aurélio complementou (e aqui pede-se destaque maior):

Tenho votado quando à necessidade de esgotar-se o meio administrativo, de formalizar-se o processo-administrativo fiscal, mas, **no caso, existe situação peculiar: houve a apreensão de notas fiscais frias. Não se trata de insuficiência de recolhimento de tributo**, quando essa insuficiência deve estar demonstrada no campo administrativo. *(Sem grifos e destaques no original)*

Observação nossa, quanto à complementação cima: se se cuidasse de mera ausência de recolhimento de tributos, não haveria crime. O caso, indubitavelmente, tratava, dentre outras, de apreensão de notas fiscais falsas, que gerou denúncia pelo crime (material/fraudulento) do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 (incisos I, II, III e IV).

Retomemos o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 90.795-PE, quando de nova intervenção da Ministra Cármen Lúcia:

[...] E a Subprocuradora, Doutora Cláudia, *até comprova que não é com base no crédito ou na obrigação. O que se tem, aqui, é a apreensão, num momento de fiscalização, de notas* a demonstrar para onde ia essa mercadoria. *(Sem grifos e destaques no original)*

Ainda excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] Também me filio à tese de que, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, especialmente sonegação fiscal, há de se aguardar, realmente, o término do processo administrativo. *Data venia*, acompanho essa posição, que me parece ainda majoritária nesta Corte.

No entanto, os fatos imputados aos réus, nesse processo, são diversos. Há uma série de delitos imputados na inicial., na exordial acusatória; são fatos dos quais eles se defenderão, certamente, no momento processual adequado. *(Sem grifos e destaques no original)*

Derradeiramente, nova manifestação do Ministro Menezes Direito, talvez a mais relevante do julgado em nossa avaliação:

Senhor Presidente, apenas para esclarecer: da leitura do meu voto, será possível constatar, especificamente, que, conforme eu disse, essa questão estava superada no voto de Vossa Excelência. Mesmo porque há um precedente da Suprema Corte, Habeas Corpus nº 81.611, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em

que se acolheu, como posição majoritária quanto a esse aspecto, o entendimento assinalado por Vossa Excelência, embora haja na Corte pronunciamentos divergentes.

Neste caso, efetivamente, se tolhêssemos a ação do Ministério Público, diante das circunstâncias postas nos autos, condicionariamos a iniciativa do procedimento administrativo ao Código Penal. Em uma palavra: não haveria mais flagrante quando se constatasse negligência relativamente ao dispositivo legal permitido [...] (Sem grifos e destaques no original)

Neste tópico, duas conclusões são de relevo, em nosso sentir.

A **primeira** que, malgrado as ressalvas feitas pelos nobres ministros, **os casos do HC nº 81.611-SP e HC nº 90.795-PE são absolutamente idênticos** em suas essências: tratam, ambos, de ataque a denúncias criminais por delitos materiais previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90. A única diferença está que, no primeiro, as condutas-meio narradas estão enquadradas nos incisos I e II, enquanto que, neste último, nos incisos I, II, III e IV. Com todas as vênias, **não há diferença quanto ao tipo penal**. Em ambos, na lítera do HC nº 81.611-SP, enquanto não exaurida a esfera administrativa, não poderia o Ministério Público iniciar a ação penal. Contudo, não foi o que restou decidido neste último julgado.

A **segunda** que a parte final das conclusões do Ministro Menezes Direito, expostas em sua última manifestação, é irrepreensível. Efetivamente, do **entendimento consagrado no HC nº 81.611-SP decorre que é impossível**, atualmente, a possibilidade de haver **flagrante delito nos delitos materiais de sonegação fiscal**. O motivo ? Simples: na linha perfilhada no precedente, o delito ocorre não quando da prática das condutas-meio, mas quando do exaurimento da discussão na esfera administrativa, momento no qual se saberá então o *quantum* sonegado. Somente aí, diz STF, se poderá afirmar que tenha havido (ou não) a supressão ou redução de tributo (art. 1º, Lei 8.137/90). Para ocorrer flagrante delito, o agente deve estar *praticando o delito* ou flagrado logo após suas prática (*lato sensu*, sem adentrar na discussão aqui das *formas* possíveis de flagrante). É impossível haver flagrante delito em ação (apreensão de documentos, quaisquer que sejam, notas fiscais, declarações falsas, etc. – todas *meio*) que, pela construção jurisprudencial havida no HC nº 81.611-SP, só se consumará no futuro, com o *exaurimento da esfera administrativa*.

4 A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO: MAIS UMA INCONGRUÊNCIA, ALÉM DO FAVORECIMENTO À IMPUNIDADE PENAL

Atualmente, é quase que unânime o entendimento dos tribunais acerca do que consolidado no HC nº 81.611-SP. À época dos debates do *leading case*, abordando a eventual perda da pretensão punitiva do Estado nos *crimes tributários materiais*, já

advertira com percuciência a Ministra Ellen Gracie que “ela surgiria quando a autoridade fazendária deixasse transcorrer o prazo de 5 anos para o lançamento. Nesta hipótese, mesmo havendo ocorrido a supressão de tributo, o delito, que tem prazo prescricional de 12 anos, não seria punível. A demonstração pelo absurdo serve para revelar que as esferas, administrativa e penal, são efetivamente independentes”.¹⁰

Realmente, pela lei vigente, o prazo prescricional dos delitos materiais previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e no artigo 337-A, CP, é de 12 anos (pena privativa de liberdade de 2 a 5 anos de reclusão, incidindo ao caso o inciso III do artigo 109 do CP). Mas, passados 5 anos para a constituição do *crédito tributário* (que não é elemento do tipo, referindo-se a *tributo*, não se perca de vista), prescrito estará o crime.

É o que se vê, exemplificativamente, dos seguintes arestos:

AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º da Lei nº 8.137/90. **Delito material. Tributo. Apuração em inquérito policial.** Procedimento fiscal abortado. Reconhecimento administrativo da **extinção do crédito tributário em razão de consumação de decadência. Impossibilidade jurídica de lançamento do crédito tributário.** Falta irremediável de elemento normativo do tipo. **Crime que se não tipificou.** Trancamento do inquérito ou procedimento investigatório.

HC concedido para esse fim. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica abertura ou continuação de inquérito policial, nem de qualquer procedimento investigatório do Ministério Público, quando a autoridade administrativa haja declarado extinto o crédito tributário em razão da consumação de decadência. (*HC 84.555-0 – RJ, Relator Ministro César Peluso, 2ª Turma, unânime, julgado em 07/08/2007, DJ de 14/09/2007*)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAMENTO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A consumação dos crimes previstos no art. 1º da Lei n.º 8.137/1990, que são considerados materiais ou de resultado, depende do lançamento definitivo do crédito tributário.
2. Como consectário lógico, **a ausência do lançamento do crédito fiscal pela Administração Pública, em virtude da fluência do prazo decadencial, verificado pelo transcurso de mais de cinco anos do fato gerador do tributo (art. 150, § 4.º, do CTN), obsta a condenação** pela prática do delito de sonegação fiscal.
3. Ordem concedida. (*HC nº 77.986/MS, Relator Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, unânime, julgado em 13/09/2007, DJ 06/04/2008*)

¹⁰ Conforme excerto do voto proferido, p.147 do inteiro teor do acórdão do Habeas Corpus nº 81.611-SP, disponível em http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp.

Outro paradoxo que não se esgota apenas nas conclusões acima: salvo melhor juízo, trata-se do *único delito no sistema pátrio* que tem dois prazos prescricionais máximos: de 5 anos, enquanto não instaurada a ação penal, pela construção jurisprudencial; de 12 anos, pelo Código Penal.

Mas os paradoxos não se esgotam aí. Em percuciente obra, bastante recente (a qual, em nosso entender, demonstra, de forma minudente, a absoluta insustentabilidade teórica e lógica a decisão do STF em voga), Andréas Eisele¹¹ levanta tema extremamente pertinente para demonstrar um tópico quicá não percebido por nenhum dos tribunais pátrios, que se resumem a repetirem, de forma até acrítica, a posição firmada no *leading case*. Com efeito, é fundamental se observar que, pela interpretação conferida, se abriu a possibilidade de, acaso constituído o “crédito tributário” no prazo de 5 (cinco) anos (os “cinco primeiros anos”), a prescrição penal poderá alongar bem mais do que os 12 (doze) anos previstos no Código Penal. Pondera o autor que,

como o crime contra a ordem tributária somente se consumaria com a conclusão do procedimento administrativo, na prática poderia ocorrer a seguinte situação: se um sujeito praticasse uma evasão tributária mediante fraude (tipificada no art. 1º, caput, da Lei nº 8.137/90) em 10/01/1991, como o Fisco tem o prazo de 5 anos para iniciar o procedimento de lançamento do crédito correspondente, este poderia ser iniciado, por exemplo, em 09/01/1996 e, caso as discussões administrativas ocorridas durante o procedimento respectivo durassem mais aproximadamente 5 anos, o lançamento poderia ser concluído, hipoteticamente, em 08/01/2001. Neste contexto, a partir dessa data inciar-se-ia o prazo prescricional no âmbito penal, em decorrência do que a denúncia poderia ser recebida até 07/01/2005 (isso se o prazo prescricional fosse calculado somente com base na pena mínima cominada, nos termos do disposto no art. 109, V, do Código Penal). Ou seja, quase 14 anos após, em uma época na qual a punibilidade estaria extinta pela prescrição penal se o crime fosse considerado como consumado no momento da evasão (considerando-se, neste caso, não somente a pena mínima cominada, que apenas será o referencial de cálculo após a fixação concreta da sanção no limite quantitativo correspondente, mas a pena máxima abstratamente prevista em lei, nos termos do art. 109, III, do Código Penal). Além disso, seria juridicamente possível a imposição de uma condenação até quase 22 anos após a evasão, pois mesmo considerando-se o prazo prescricional penal calculado pela quantidade mínima de pena abstratamente cominada, como o recebimento da denúncia e a sentença condenatória interrompem a fluência de tal prazo (nos termos da regra veiculada pelo art. 117, I, e IV, do Código Penal), no exemplo acima indicado o processo poderia ser julgado em primeiro grau de jurisdição até 06/01/2009 e, se houvesse condenação e recurso, a confirmação da decisão poderia ser implementada pelo Tribunal até 05/01/2003 (isto considerando-se o cálculo do prazo prescricional nos termos da quantidade mínima de pena abstratamente cominada para tal crime) [...]

¹¹ EISELE, Andreas. *Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro*. Blumenau: Acadêmica, 2007.

5 A VINCULAÇÃO DE INSTÂNCIAS E A NECESSIDADE DE COERÊNCIA: A VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DEVE SER EM FACE DE *TODAS* DECISÕES PROFERIDAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Além do *leading case* do Supremo Tribunal Federal, tome-se outro como exemplificativo, aquele objeto de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Correição Parcial nº 2007.04.00.003523-9-SC, que ratificou posicionamento no sentido de que **a definição do elemento do tipo é atribuição “exclusiva” da administração tributária, descabendo ao Judiciário reanalisar a questão**, estando assim resumida sua ementa na parte que interessa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. ART. 337-A, DO CP. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE PROMOÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...]

2. Inexistente decisão definitiva na via administrativa, nos termos do precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 81.611), **na hipótese de apuração de crimes consistentes em supressão de tributo e contribuição social através da omissão de informação às autoridades fazendárias e mediante fraude à fiscalização tributária**, haverá constrangimento ilegal pelo oferecimento e recebimento da denúncia, e portanto no prosseguimento de inquérito policial, enquanto ainda pendente de apreciação a impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa.

3. **Nos crimes materiais ou de resultado**, tais como o previsto no art. 337-A do CP, **a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da administração fiscal, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo**. Antes dessa (decisão administrativa definitiva) não há falar em consumação do delito, nem transcurso de prescrição.

4. Nos termos do citado precedente da Suprema Corte, a circunstância de uma decisão administrativa ser condicionante da instauração de um processo judicial **não ofende o princípio da separação e independência dos Poderes, haja vista que a punibilidade da conduta, quando não a tipicidade, está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.. [...]**” (Correição Parcial nº 2007.04.00.003523-9-SC, julgada em 21/02/2007)

Consoante a exposição de motivos do CPP, **“todas as provas são relativas: nenhuma terá, ex vis legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que**

outra. Se é certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não menos correto é que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico ao apurar, através delas, a verdade material [...]’.

Gize-se que o ***onus probandi*** no tocante à prática do crime doloso – inclusive a materialidade – incumbe sempre ao órgão ministerial. O devido processo legal assim impõe. Dessa maneira, quando a tese da defesa for plausível e respaldada no conjunto probatório, bem como insuficientes os elementos trazidos pelo Ministério Público, não há como autorizar a condenação do denunciado, ao qual é assegurado o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*).

Porém, o precedente do Supremo Tribunal Federal é bastante enfático: definir se há ou não tributo é atribuição exclusiva da administração, e o Poder Judiciário fica vinculado àquela decisão.

As conseqüências não são apenas aquelas às quais se está acostumado a ver em precedentes das Cortes de Justiça: trancamento de ações penais ou inquéritos enquanto debatido o tema da exigibilidade do tributo na esfera administrativa. Para quem perfilha tal posicionamento, eles são mais amplos. E a coerência precisa imperar.

O que sempre defendemos, insiste-se, é que *não há* uma relação de causa e efeito entre a decisão administrativa e a ação penal pelos fatos correlatos. No máximo, as provas produzidas na esfera administrativa podem servir como mais alguns elementos para a decisão por quem tem o poder de resolver a questão: o Poder Judiciário. Até porque as provas produzidas no âmbito administrativo são, muitas vezes, diversas daquelas apuradas em sede criminal. Recorde-se caso (sem citar maiores detalhes) em que atuamos no qual, quando ainda vigente o entendimento anterior do STF (admitindo-se a instauração de ação antes do exaurimento da esfera administrativa), no curso da ação penal houve a juntada de decisão administrativa que havia concluindo que *não havia provas inequívocas da fraude* (sic). Perícia judicial realizada na seqüência concluiu, ao contrário da decisão administrativa, que as operações financeiras e contábeis realizadas (que foram utilizadas para a prática do crime de sonegação fiscal fraudulenta) eram absolutamente ilógicas e, portanto, as fraudes existiram. O Poder Judiciário vinculou-se à decisão administrativa, malgrado as provas criminais produzidas em juízo a requerimento do Ministério Público e que não constavam naquele feito administrativo.

Hodiernamente, porém, já dito alhures, enquanto debatida a exigibilidade na esfera administrativa, inviável a ação penal. Sequer inquérito policial pode haver! Contudo, se exaurida a esfera administrativa, mas existente qualquer discussão judicial cível acerca da exigência fiscal (que caracterizaria também o crime), não há óbice para a instauração da ação penal, porque presente, no caso,

uma *faculdade* ao juiz criminal de suspender a ação penal (artigo 93, CPP – questão prejudicial *facultativa*). Respeitosamente, um *non sense* paradoxal (mais um!): enquanto a discussão administrativa barra a ação penal ou a investigação criminal, a discussão em sede judicial *pode* (dependendo do caso) impedir o regular andamento da ação penal.

Prossigamos, na busca da *coerência* para quem defende a *vinculação* das esferas, repisando que discordamos da vinculação automática, independentemente das conclusões tomadas na esfera administrativa.

A questão que aflora é: exaurida a esfera administrativa, definindo-se que a materialidade está comprovada, poderá o tema ser rediscutido novamente no âmbito criminal, depois de instaurada a ação penal?

A resposta só poder ser negativa! A coerência é essencial: se ao Poder Judiciário, especialmente a esfera criminal, compete unicamente respeitar a decisão administrativa, pois a ela cumpre, na lítera do que decidido, *privativamente* decidir sobre a constituição do *crédito tributário*, as conseqüências são de caminho duplo.

É dizer: se a vinculação existe para impedir a ação penal (independentemente do motivo, se por falta de provas ou por inoportunidade do fato), ela também se faz quando a conclusão for positiva, ou seja, quando a administração disser que houve o fato criminoso. Aliás, dessa conseqüência necessária já advertira, com a percuciência que lhe é ínsita, o Ministro Moreira Alves quando lhe foi permitido um aparte nos debates durante o julgamento do HC nº 81.611-SP, assentando que, pelo que estava decidindo a Corte (que de fato decidiu !), a administração seria soberana “para dar até imunidade penal”.

Se compete à administração (e só a ela) dizer se houve ou não a supressão ou redução de tributo, não caberia ao Judiciário reanalisar as provas em sede criminal em caso de conclusão administrativa pela existência da elementar *tributo* suprimido ou reduzido. A coerência – insiste-se – é imperiosa para quem singra tais caminhos silogísticos. Do contrário, é fazer-se o que há muito adverte o atual Ministro Eros Grau: *interpretar-se o Direito em tiras* (o raciocínio seria lógico para um caminho e para outro não), o que não se coaduna com a melhor forma de hermenêutica jurídica.

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região teve que enfrentar o tema (Apelação Criminal nº 2004.70.05.000349-1). Entendeu-se, majoritariamente, que poderia o juiz absolver por ausência de provas (mesmo diante das mesmas provas havidas na esfera administrativa), malgrado tenha a administração concluído que os *atos aconteceram* e naquela sede tenha sido exaurida a discussão.

Noutras palavras, em nossa interpretação: não havendo a constituição do crédito *vincula-se* para evitar a ação penal ou a investigação, mas não se *vincula* para eventualmente evitar a absolvição no âmbito criminal se a conclusão foi pela constituição definitiva do *crédito tributário* (que, insiste-se sempre, *não se identifica com tributo, elemento do tipo*).

Veja-se, a propósito do caso acima citado, um dos votos, preponderante, que assentou:

[...] A circunstância de dizer a administração tributária que ocorreu o fato gerador não basta para concluir pela procedência da acusação criminal, ***inexistindo por certo vinculação obrigatória***. Vigora em nosso processo penal o princípio do livre convencimento motivado, insculpido no artigo 157 do Estatuto Penal Adjetivo, sendo o qual *'o juiz formará sua opinião pela livre apreciação da prova'*. (Grifos nossos)

Essa ausência de vinculação obrigatória também não deveria haver quando a administração concluir que não há o fato ou inexistem provas suficientes do fato, exatamente porque o Juiz tem que analisar todas as provas, não só aquelas produzidas na esfera administrativa.

Em síntese e *a contrario sensu*: resta-nos uma vez mais demonstrada a inconsistência do entendimento da vinculação das instâncias quando o Estado for o sucumbente no âmbito administrativo.

Mas há um alento a dar espeque à coerência: do que se compreendeu, um dos votos, minoritário, avançou para concluir que se as provas documentais são as mesmas (na esfera administrativa e na esfera judicial), não poderia o Poder Judiciário absolver baseado na ausência de materialidade, pois a decisão administrativa teria sido preempatória.

Reiterando a discordância quanto à tese perfilhada pela jurisprudência majoritária, a **coerência lógico-sistemática há de ser mantida**: estando em jogo (*pelo menos*) as mesmas provas, **não caberia ao Judiciário discutir a matéria, pois a autoridade competente disse que havia a sonegação**.

Na verdade, se a sindicabilidade do ato administrativo é excluída no caso de conclusão *negativa* da esfera administrativa quanto ao *elemento do tipo* (para nós, tal conclusão vulnera o disposto no art. 5º, XXXV, CF/88), esta *insindicabilidade* também se faz presente na situação oposta.

6 CONCLUSÕES E UMA ESPERANÇA, MAS QUE *PODERÁ* TRAZER MAIOR IMPUNIDADE: SÓ O TEMPO DIRÁ

Até o presente momento, respeitando-se posicionamentos contrários, não nos foram apresentados argumentos sólidos suficientes para afastar percepção no sentido de que houve equívoco nas premissas¹² e, conseqüentemente, nas conclusões do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC nº 81.611-SP. Acredita-se que, num futuro, a Corte Suprema retomará o caminho até então pacífico (para nós, hermeneuticamente correto) no sentido da possibilidade de eventual instauração de ação penal na pendência de discussões na seara administrativa.

O problema que daí decorre é que, como a Corte concluiu que o crime se consuma só com o exaurimento da esfera administrativa (a preocupação com a prescrição era clara na crítica feita pelo Ministro Joaquim Barbosa ao posicionamento do relator, Ministro Sepúlveda Pertence), novel entendimento retomando as posições vigentes gerará uma conclusão inarredável: os crimes (todos: os eventualmente não judicializados, os judicializados e os já com trânsito em julgado) *teriam ocorrido não mais* com o exaurimento da esfera administrativa, mas com a prática da *supressão* ou *redução* dos tributos (Teoria da Atividade, art. 4º, CP), condutas que estão vinculadas aos períodos de apuração dos tributos, havidos, como regra, muito tempo antes do trânsito em julgado de eventual discussão na esfera administrativa.

Conclusão: com a alteração do *dies a quo* da ocorrência do fato (artigo 111, I, CP),¹³ fatalmente haverá a prescrição quase que total (para não se dizer total) de todos os fatos criminosos eventualmente em fase de investigação, punição ou já punidos relacionados com a grave delinqüência econômica fraudulenta.

Como já dizia Perelman,¹⁴ muitas vezes por nós invocado, o Juiz, em sua decisão, “deve levar em conta não só o caso particular que lhe é submetido, mas todos os casos da mesma espécie; isso porque sua decisão pode tornar-se um precedente no qual se inspirarão outros juízes em seu desejo de observar a regra de justiça, que lhes prescreve tratar da mesma forma casos essencialmente semelhantes”.

Dá a razão que damos a García de Enterría,¹⁵ que, complementando, discorre no sentido de que o juiz constitucional (*no Brasil, diante da possibilidade do controle*

¹² Chaïm Perelman adverte que “os problemas específicos de lógica jurídica não surgem quando se trata de deduzir as conseqüências que resultam logicamente de um conjunto de premissas, mas quando se trata de estabelecer essas próprias premissas, dando às normas jurídicas seu alcance exato”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.496. Em sintonia, Ricaséns Siches, para quem “el verdadero meollo de la función judicial no radica ni remotamente en el silogismo que pueda formularse, sino que consiste en la *elección de premisas*, por parte del juez” (RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2.ed. México: Porrúa, 1973, p.237).

¹³ Art. 111. “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I – do dia em que o **crime** se consumou”.

¹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.514.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.179, 180 e 183.

difuso, todos os juízes são magistrados que podem realizar a filtragem constitucional) não pode perder de vista, em nenhum momento, as conseqüências práticas da decisão que tomar, e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta: “el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones”.

Portanto, a mudança jurisprudencial que se defende (se um dia realizada), retomando-se o caminho anterior (sempre com a mais ampla defesa possível no âmbito judicial), que seja concretizada o mais rápido possível.